

## *SECCION II.—De las diversas especies de tutela.*

### *I. DE LA TUTELA LEGÍTIMA.*

#### *Núm. 1.—Del padre superviviente.*

374. El artículo 390 establece: «Después de la disolución del matrimonio acaecida por la muerte de uno de los cónyuges, la tutela de los hijos menores y no emancipados pertenece de pleno derecho al cónyuge superviviente.» El superviviente tiene así mismo la patria potestad; ¿y acaso esta potestad no absorbe la tutela? Hemos dicho ya que ambas potestades coexisten, sea en la misma persona, si el superviviente es tutor, sea en dos personas, si aquél no lo es. La autoridad del padre modifica, en cierto sentido, el poder del tutor, dándole mayor independencia. Más adelante volveremos á ocuparnos en este punto; por de pronto ahora, sólo tenemos que tratar de la organización de la tutela. Considerada desde ese aspecto, la tutela del superviviente está sujeta, en lo general, á los principios relativos á la tutela; lo dice así el mismo Código. De los artículos 420 y 421 resulta que hay un segundo tutor en la tutela legal. El artículo 405 declara que las causas de excusa y de exclusión son comunes al superviviente; pero esta disposición no menciona las causas de incapacidad, en lo que hay algo de particular para los padres.

375. Los menores no pueden ser tutores, con excepción, dice el artículo 412, del padre ó de la madre. ¿Por qué establece la ley esta excepción? ¿Porque los padres menores están emancipados? No; porque el menor no casado no puede ser tutor, aunque estuviere emancipado, y los padres mismos no pueden ser tutores más que de sus hijos. En esta circunstancia es, pues, en la que se debe buscar la razón de la ley. Los padres tienen la patria potestad, aun cuando sean menores; el padre es administrador legal y

tiene la potestad marital; pero no *deja* de ofrecer esto sus inconvenientes, y es una grave modificación de la incapacidad á la cual está afecto el menor, aunque es consecuencia forzosa de la ley que permite al menor casarse.

El menor superviviente tiene un curador de quien debe estar asistido en los actos previstos por la ley. Su capacidad es, pues, menor que la del tutor mayor y capaz, como tal, de todos los actos civiles. También hay segundo tutor por intereses del hijo: de lo cual surge una dificultad. Cuando el tutor menor ejecuta un acto para el que un menor emancipado necesita estar asistido de su curador, ¿deberá estarlo de su curador ó del segundo tutor? Tal sería el caso en que recibiese un capital consistente en muebles y que se debiese al pupilo. Como menor emancipado, no puede rebirle sin asistencia, y está claro, porque no puede tener para los negocios del pupilo una capacidad que no tiene para los suyos propios. Pero los autores no están de acuerdo acerca del punto de por quién debe estar asistido; los más de ellos exigen la asistencia del segundo tutor, puesto que se trata de velar por los intereses del pupilo, que es la misión de dicho tutor, más bien que la del curador (1). Esta opinión es inadmisible, pues pugna con los textos que arreglan la acción del segundo tutor. Este jamás *asiste*, y sólo *interviene* cuando hay oposición de intereses entre el tutor y su pupilo. Habría sido necesaria una disposición expresa para dar al segundo tutor un poder de que en general carece. En vista del silencio de la ley, el curador es el que debe asistir, lo cual es lógico por tratarse de cubrir la incapacidad del tutor menor.

¿Qué debe resolverse, tratándose de un acto para el cual el tutor necesita la autorización del consejo de familia? Cuando el tutor es menor, tiene dos consejos de familia: uno para el padre ó la madre superviviente, y el otro para

---

1 Demolombe, t. VII, p. 276, núm. 465, y los autores por él citados.

el pupilo. Si se trata de un negocio que le es personal, naturalmente su consejo de familia es el que debe autorizarle. Por el contrario, si el acto concierne al menor, el tutor debe recabar la autorización del consejo de familia agregado á la tutela (1).

376. Hay otra derogación del derecho común, en favor de la madre superviviente. Esta es tutora de derecho, tanto como el padre: innovación que es un homenaje al principio de igualdad, y si alguna vez es legítima la igualdad es ciertamente cuando se trata de cumplir un deber y de dar una prueba de afecto (2). Por otra parte, la madre tiene la patria potestad y el usufructo legal, y por tanto, debía tener también la tutela. Sin embargo, la ley establece una diferencia entre el padre y la madre. El padre está obligado á administrar la tutela, mientras no tenga alguna excusa legal, en tanto que la madre puede rehusarla. (art. 394). Bien puede acontecer que la mujer no tenga experiencia en los negocios, experiencia que le sería necesaria para manejar bienes considerables; en este caso, puede rehusar la tutela. Es considerable la diferencia que hay entre la denegación y la excusa, pues no hay excusa sino en los casos determinados por la ley; de donde se sigue que la excusa debe ser motivada y someterse al consejo de familia, el cual puede desecharla, salvo el derecho del tutor para recurrir á los tribunales. No pasa lo mismo con la denegación, pues la madre no está obligada á motivarla, y es la única que resuelve sobre ella, como un derecho absoluto que ejerce.

La ley dice que la madre no está obligada á aceptar la tutela (art. 394); y de allí concluyen que si la acepta, ya no puede rehusarla, y la acepta desde que manifiesta su voluntad de ser tutora (3). La Corte de Limoges dedujo

1 Zachariæ, traducción de Vergé y Massé, t. I, p. 409, nota 20.

2 Berlier, Exposición de Motivos, núm. 5. (Locré, t. III, p. 412).

3 Demolombe, t. VII, núm. 111, p. 59, y los autores que cita, á los cuales hay

una consecuencia contraria á la disposición que acabamos de citar: de que la madre puede rehusar la tutela, concluyó que estaba en libertad para dimitirla (1). Preferimos esta interpretación á la de los autores. Dícese que la madre no tiene derecho á dimitir la tutela, por no otorgarle la ley ese derecho; pero precisamente en eso está la cuestión. Al decir que la madre no está obligada á aceptar la tutela, el artículo 394 dice, en otros términos, que puede rehusarla; no dice lo que se le hace decir, ó sea que no puede rehusar después de haber aceptado. Los motivos por los cuales da el legislador á la madre el derecho de rehusar, se aplican, así á la madre que ha administrado como á la que todavía no lo hace. Es más: precisamente cuando la madre ha administrado, es cuando se convencerá de su incapacidad; y se quiere que cuando ella misma reconoce su incapacidad, cuando tiene la prueba de ella, esté, sin embargo, obligada á continuar en la administración! Los autores invocan por analogía los principios relativos á la excusa: el tutor que, teniendo alguna, no la hace valer y acepta la tutela, no puede, generalmente hablando, dimitirla. Luego, se dice, otro tanto debe tener lugar respecto de la madre tutora que no hace uso del derecho de rehusar. Contestamos que en esto se confunden la denegación y la excusa, dos derechos esencialmente distintos; porque la excusa no importa incapacidad, y se ha establecido por interés del tutor, más bien que del pupilo, mientras que la denegación supone que la madre es incapaz; y desde el momento en que lo es, debe tener derecho para renunciar la tutela. Lo exige así el interés del marido, interés que lo domina todo. Tan cierto es esto, que aun hay excusas que puede alegar el tutor después de haber aceptado la tutela, y son aquellas, dice Pothier, que

que agregar á Demante, *Curso analítico* t. II, p. 216, núm. 143 bis, I, y Aubry y Rau, t. I, p. 401, nota 2.

1 Limoges, 17 de Mayo de 1808 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 73, 1º).

absolutamente le impiden ocuparse en ella (1). Ahora bien, la denegación de la madre implica ese impedimento absoluto, supuesto que la ley no le concede el derecho de rehusar sino en razón de su incapacidad (2).

El artículo 394 agrega que si la madre rehusa la tutela, debe cumplir los deberes anejos á ella hasta que hubiere hecho que se nombre un tutor. En este caso, hay lugar á la tutela dativa, como más adelante lo diremos.

*Núm. 2.—Del consejero de la madre tutora.*

377. Con arreglo al artículo 391, el padre puede nombrar á la madre superviviente y tutora un consejero especial, sin cuyo parecer, no podrá ella ejecutar acto alguno relativo á la tutela. Este derecho supone aun la incapacidad de la madre, ya que el padre no la puede privar de la tutela por ser un derecho que debe á la naturaleza, diga lo que quiera el Presidente Fabre, quien trata de gran necesidad la tutela de la madre (3). Tronchet dijo perfectamente, que á falta del padre, la madre es la persona más cariñosa de todas las que pueden tomar al menor á su cuidado (4); pero la ley ha debido prever que la mujer no tenga la experiencia de los negocios, en cuyo caso puede renunciar. Se produce entonces una división del poder entre la madre que conserva la patria potestad y el tutor que maneja los bienes, y de ahí conflictos casi inevitables. Más vale que la madre conserve la tutela, sin perjuicio de proveerla de un consejero.

El artículo 392 determina las formalidades con que debe hacerse el nombramiento del consejero. Puede, desde lue-

1 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 153.

2 Tal es la opinión de Maguin, *Tratado de las Minoridades*, t. I, núm. 434, y la de Allemand, *Del Matrimonio*, t. II, núm. 1180. Zachariæ (traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 410, nota 23) admite el derecho de excusa, más bien que el de negativa.

3 Maleville, *Análisis razonado*, t. I, p. 401 y sig.

4 Sesión del Consejo de Estado del 26 Firmario, año X, núm. 7 (Locré, t. III, p. 377).

go, hacerse por acto de última voluntad, es decir, por testamento. La ley dice *acto de última voluntad* para denotar que el escrito debe estar redactado con las formalidades prescritas por la ley, aunque no debe contener una disposición de bienes, como se exige para el testamento. No es necesario decir que si el acta es nula en cuanto á la forma, queda sin efecto el nombramiento del consejero, puesto que debe hacerse en instrumento solemne, y así, también solemne dicho nombramiento. El padre puede, además, nombrar un consejero por declaración hecha ante el juez de paz, actuando con su secretario. Como no expresa la ley ante qué juez de paz se ha de hacer el nombramiento, debe inferirse que cualquiera de ellos es competente para asentar la declaración. Por último, ésta puede hacerse también ante notario, es decir, en acta notarial, extendida conforme á la ley del 25 Ventoso, año IX (1).

378. El consejero no es ni tutor, ni segundo tutor. La madre es tutora, dice el artículo 391, y el 421 quiere que se nombre el segundo tutor á la madre superviviente. El consejero es simple mandatario, y por ello deben aplicarse los principios del mandato y no las reglas que la ley establece para la tutela. Así es, que el consejero está en libertad para rehusar el mandato, mientras que el tutor nombrado por acto de última voluntad debe aceptar (art. 401). Si el consejero rehusa aceptar, no hay lugar á reemplazarle ni por el consejo de familia, ni por el tribunal. A la madre corresponderá ver si quiere encargarse de la tutela; si la acepta, tendrá todos sus derechos, quedando insubsistentes las limitaciones establecidas por el padre por el solo hecho de rehusarse á aceptar el consejero. Si éste acepta el mandato que se le confiere, debe cumplirle como todo mandatario, aunque pudiendo siempre renunciarle (art. 2003).

---

1 Aubry y Rau, *Curso de Derecho civil francés*, t. I, p. 410 y sig.

No se le pueden exigir las garantías especiales que la ley exige al tutor, pues no está obligado á la hipoteca legal, ni sometido á las incapacidades que el tutor (arts. 450 y 908). Ninguna duda hay acerca de todos estos puntos, y casi no valdría la pena decirlo, si los autores no se ocuparan en estas cuestiones (1).

379. ¿Qué funciones desempeña el consejero? Da su parecer á la madre tutora, ó, como lo dice el artículo 391 al fin, la *asiste*. La extensión de esta misión está determinada por el acta de su nombramiento. Si el padre especifica los actos para los cuales se nombra al consejero, la tutora, dice el artículo 391, será hábil para todos los demás sin la asistencia de aquél. Si no los especifica, no podrá la madre, sin el dictamen del consejero, ejecutar acto alguno relativo á la tutela. Sin decirlo, se comprende que también necesita la madre el concurso del segundo tutor y del consejo de familia en los casos en que la ley lo prescribe. El marido no puede transmitir al consejero las atribuciones que el Código confiere á los que encarga de inspeccionar la tutela; tampoco puede dar al consejero el poder de administrar ó de representar al menor, pues le formaría en tutor; y no es tutor, pues la madre es la tutora y quien administra la tutela con la asistencia del consejero. Varias ocasiones se ha fallado que el padre no podía quitar á la madre la administración de los bienes, puesto que tal cosa equivaldría á despojarla de la tutela; poco importa que la madre haya consentido en ejecutar el testamento de su marido, ya que puede siempre arrepentirse de su consentimiento; por mejor decir, este consentimiento es nulo, porque siendo la tutela de orden público, no puede derogarse por convenios particulares (2). Si la ley permite al padre restringir los poderes de la madre, es

<sup>1</sup> Demolombe, t. VII, p. 4<sup>o</sup>, núms. 86 y 87 Aubry y Rau, t. I, p. 402, nota 8, y p. 406.

<sup>2</sup> Bruselas, 2 de Mayo de 1806, y Génova, 10 de Agosto de 1811 (Dalloz, *para-  
bra Minoridad*, núm. 89).

únicamente para ilustrar á la tutora y guiarla. Se ha fallado, además, que ninguna calidad tiene el consejero para prohibir intente una acción la madre contra los menores, aun con asistencia del segundo tutor; no es el consejero, sino el segundo tutor quien debe intervenir cuando hay oposición de interés entre el tutor y el pupilo (1).

380. El artículo 391 dice que la madre nada puede hacer sin el *parecer* del consejero. Esto no quiere decir que puede limitarse á tomar ese parecer, sin necesidad de seguirlo, pues la ley explica lo que entiende por *parecer*, agregando que la tutora debe estar *asistida* del consejero. Ahora bien, *asistencia* es lo mismo que concurrencia al acto. Así es como el menor emancipado no puede ejecutar ciertos actos sin la asistencia de su curador (arts. 480 y 482); así es como los pródigos y los de entendimiento débil no pueden ejecutar los actos que les están prohibidos sin la asistencia del consejero que los dé el tribunal (arts. 499 y 513). Esto no tiene duda (2). Pero ¿qué debe resolverse si el consejero rehusa asistir á la madre? Los autores están de acuerdo en que la madre tiene un recurso contra esa decisión; unos dicen que el recurso debe hacerse valer ante el consejo de familia, otros que la tutora debe dirigirse al tribunal (3). Si se admite un recurso, esta última opinión es la que debe seguirse, ya que el consejo de familia sólo tiene atribuciones limitadas, sin poder ser juez de los conflictos que puedan suscitarse entre la madre tutora y su consejero. Pero ¿es cierto que haya un recurso? Lo dudamos (4). La voluntad del padre es que la madre nada pueda hacer sin el consejero; y ¿no es contravenir á esta voluntad el resolver que la madre podrá obrar á pesar del consejero, si la autorizan para ello la familia ó el tribunal?

1 Douai, 17 de Enero de 1820 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 90).

2 Valette, acerca de Proudhon, t. II, p. 287, núm. II.

3 Demolombe, t. VII, p. 50, núm. 95, y los autores que él cita. Debe agregarse á Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 214, núm. 140 bis II.

4 Es también la opinión de Marcadé, t. II, p. 189, art. 391, núm. 1.

La intervención del consejero es una misión toda de confianza, de amistad, y ¿se concibe que la familia ó el juez inspeccionen una misión tan íntima? Por otra parte, el nombramiento de un consejero implica la incapacidad de la mujer, quien se encuentra colocada en la misma línea que el menor emancipado y el pródigo. ¿Pueden estos reclamar contra la negativa de asistencia de su curador ó de su consejo? Más adelante volveremos á esta cuestión (1).

381. ¿Hay actos para los cuales la madre no necesite la asistencia de su consejero? Se supone que el padre nada especificó en el acta de nombramiento. La cuestión parece extraña cuando se lee el artículo 391, donde se dice que la madre no puede ejecutar *ningún* acto relativo á la tutela sin el parecer del consejero especial que el padre le hubiere dado. ¿No es esto decisivo? No obstante, se ha fallado que no se requiere la intervención del consejero sino para los actos cuya iniciativa toma la tutora, y que si se intenta una acción contra ella, la madre no debe estar asistida, supuesto que está obligada á contestar la demanda (2). Esta es doctrina extraña. ¿Con qué derecho se introduce en la ley una distinción que el texto repreueba? ¿Será tal vez porque el parecer del consejero es inútil? La asistencia siempre es inútil; no hay acto obligatorio, puesto que toda acción puede ser objeto de una transacción; y aun no queriendo transigir, el consejero será útil siempre á la tutora. Después de todo, el legislador ha hablado y ha resuelto, y desde ese momento el juez no tiene más que aplicar la ley.

382. Si la madre no toma parecer del consejero, á pesar de obligarla á ello el acta de su nombramiento, ¿será nulo el acto? La mayor parte de los autores contesta que el acto es válido, salvo el derecho del menor para deducirle contra la madre. Esta era la antigua jurisprudencia. No-

1 Véase el tomo V, de estos *Principios*.

2 Besanzón, 29 de Junio de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 203).

sotros creemos, con Demolombe, que el acto es nulo. El nombramiento de un consejero implica la incapacidad de la madre, quien realmente está declarada incapaz de administrar sin la asistencia del consejero. Y, ¿puede concebirse que se mantenga un acto llevado á cabo por persona que no tenía capacidad para él? ¿Para qué es entonces el nombramiento del consejero? En este sentido está concebido el texto, á saber: *La madre no puede obrar*, dice el artículo 391; es *inhábil* para hacer, agrega la ley. Luego hay incapacidad. Pueden, además, invocarse, como lo hizo la Corte de Aix, los términos prohibitivos de la ley; la prohibición implica nulidad, sobre todo cuando se trata de una ley concerniente al orden público. Se opone al interés de los terceros, que pueden ignorar el nombramiento del consejero y que, ignorándolo, deben creer que la madre tutora es capaz. La objeción va dirigida al legislador. Es muy cierto que debía haber prescrito cualquier publicidad para prevenir á los terceros. No lo hizo; pero de eso no se ha de seguir que la madre es capaz. No es éste el único paso en que la falta de publicidad perjudique á los terceros que contratan de buena fe. La emancipación se retira por el consejo de familia ó por el padre sin ninguna publicidad; sin embargo, el menor cesa de ser capaz y los actos que ejecute se regirán por los principios sobre incapacidad del menor (1).

383. ¿Es responsable el consejero? Sobre este punto hay mucha incertidumbre entre los autores, algunos de los cuales invocan el antiguo proverbio, según el cual el autor de un consejo no tiene responsabilidad, como no fuere culpable de dolo (2). Desconfiemos de los proverbios, ó, cuando menos, apliquémoslos con inteligencia. El consejero de la madre tutora no es simple dictaminador, sino

<sup>1</sup> Demolombe, t. VI, p. 52, n.º 98. Sentencia de Aix, 31 de Marzo de 1840 (Dalloz, palabra *Minoridad*, n.º 91). En sentido contrario, Aubry y Rau, t. I, p. 405, y los autores que citan, nota 18.

<sup>2</sup> Frémerville, t. I, n.º 42. Delvincourt, t. I, p. 270.

un mandatario, que está en libertad para no aceptar el mandato que se le confiere, pero que, en aceptándole, debe desempeñarle con la solicitud de un buen padre de familia. Así, pues, debe responder, no solamente de su dolo, sino también de su culpa (1). Objétase que el consejero no obra en nombre del pupilo por cuyo interés fué nombrado. ¡Ah! ¿qué importa? ¿Es mandatario? ¿Sí, ó no? Si no lo es, solamente responde de su dolo; si lo es, responde de cualquier culpa (2).

*Núm. 3.—Segundas nupcias de la madre.*

384. El artículo 395 dice: "Si la madre tutora quiere volver á casarse, deberá, antes del matrimonio, convocar al consejo de familia, el cual decidirá si debe conservárse la en la tutela." A esta misma obligación quedaría sujeto, segun el proyecto de Código Civil, el padre que se volvía á casar, pues en el Consejo de Estado, propuso Tronchet que se colocara al padre y á la madre en idénticas condiciones. El segundo matrimonio, dijo, puede hacer dudar del afecto del padre, lo mismo que del de la madre, habiendo circunstancias en que la duda se convierte en realidad: tal sería el caso en que un hombre opulento se casara con su criada. Bigot Préameneu contestó que había gran diferencia entre el padre y la madre, pues al volver á casarse, el padre pasa á ser el jefe de la nueva familia, continúa como árbitro de sus negocios y sigue, de hecho y de derecho, desempeñando la tutela. En cambio, la madre que pasa á segundas nupcias, queda sujeta á la autoridad del segundo marido, que es quien de hecho administrará los bienes de los hijos del primer matrimonio y cuidará de su persona. Desde ese momento hay necesidad

<sup>1</sup> Aubry y Rau, t. I, p. 404, nota 16.

<sup>2</sup> Valette acerca de Proudhon, t. II, p. 288, núm. IV, seguido por Demolombe, t. VII, p. 55, núm. 102. En sentido contrario, Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 214, núm. 140 bis III, y los autores citados por Aubry y Rau, t. I, p. 404, nota 16.

de que intervenga el consejo de familia para ver si el segundo marido merece ejercer la misión que está llamado á desempeñar. Algo de verdad hay en esta observación, si bien no responde suficientemente á la crítica de Tronchet, pues siempre quedará en pie la falta de afecto que hace al padre, lo mismo que á la madre, indigno de la tutela (1).

385. El consejo de familia puede conservar la tutela á la madre, ó quitársela. Una sentencia de la Corte de Agén resolvió con mucho acierto que el consejo no debe privar á la madre de la tutela que la naturaleza y la ley le conceden de acuerdo, sino por causas graves y cuando el interés de los hijos lo reclama imperiosamente. En el caso de que trataba, la deliberación del consejo de familia reconocía que el matrimonio de la viuda distaba mucho de merecer censura; rendíase homenaje á su excelente conducta, á su abnegación y ternura para con su hija; no se discutía la perfecta honorabilidad del futuro marido, y los intereses pecuniarios, de poca importancia, quedaban completamente resguardados. Sin embargo, el consejo de familia había quitado la tutela á la madre, porque el segundo marido, que era militar, se hallaba expuesto á frecuentes movilizaciones y porque semejante vida vagabunda podía alterar la salud muy delicada de la menor. La Corte resolvió que debería conservarse á la madre el ejercicio de la tutela, porque nada dejaba que desear la salud de la niña, y el cariño bien comprobado de aquella madre era la mejor garantía que pudiera desearse para la joven (2).

386. El consejo de familia puede mantener á la madre en la tutela. En este caso, cambia de naturaleza la tutela de la madre, que ya no es tutela legal, porque la madre

<sup>1</sup> Sesión del Consejo de Estado del 22 Vendimiaro año XI, núm. 13 (Locré, III, p. 386).

<sup>2</sup> Agén, 24 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 20).

debe su derecho, no á la ley, sino á la deliberación del consejo. La tutela se convierte, pues, en dativa; siguiéndose de aquí que deberán aplicarse á la madre tutora los principios relativos á tutela dativa. Así, los artículos 454, 455, 456 y 470, que, en general, no son aplicables al padre superviviente, lo serán, sin embargo, á la madre que ha vuelto á casarse. De este modo hay que resolver el punto, tanto más cuanto no sólo la madre es tutora, pues necesariamente su segundo marido es cotutor, y respecto de él la tutela es exclusivamente dativa y, por lo mismo, está sujeta al derecho común (1).

¿Es necesario ir más lejos y decir que el consejo de familia puede, conservando la tutela á la madre, limitar sus facultades en favor de los hijos del primer matrimonio? La cuestión está controvertida y hay alguna duda; pero ateniéndose á los principios, es muy sencilla. La tutela de la madre se convierte en dativa. Trátase, pues, de saber si el consejo de familia puede derogar las reglas que el Código establece con relación á las facultades del tutor. Ya hemos contestado á esta cuestión. Siendo la tutela de orden público, no puede el consejo ni extender las atribuciones del tutor, ni imponerles restricciones. Volveremos aun á ocuparnos en este punto, que, á nuestro juicio, no permite la menor duda. La única dificultad está en si los principios generales sufren alguna excepción en caso de segundas nupcias; pero nos parece que el plantear esta cuestión es resolverla. Una excepción exige texto legal; ¿y dónde está el que autorice al consejo para limitar las facultades de la madre tutora? Dícese que el artículo 395 permite que se retire de la tutela á la madre, y el que puede lo más pude de lo menos; por consiguiente, el consejo puede conservar la tutela á la madre, limitándola. De este modo concilia

---

<sup>1</sup> Este es el motivo que parece haber decidido á la Corte de Grenoble (sentencia de 21 de Junio de 1855, Dalloz, 1855, 2, 277) y á la Corte de Casación que desechó el recurso por sentencia de 5 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 242).

el artículo todos los intereses, así los de los menores como los de la madre tutora. El argumento, á primera vista, es seductor; pero considerándole de cerca, cualquiera se convence de que con él se viola el principio fundamental de la tutela, á saber: que ésta es de orden público y que sólo la ley puede permitir que se la derogue, que es lo que hace dando al padre el derecho de nombrar un consejero á la madre. La excepción confirma la regla, y no hay razonamiento capaz de destruir este principio (1).

Contra esto se hace valer el interés de los menores y el de la madre. En cuanto al de la madre, le pasamos por alto, puesto que la tutela no fué organizada en beneficio del tutor. Respecto de los hijos, diremos, con la Corte de Caen, que el legislador organizó la tutela de modo que quedarán resguardados los intereses del pupilo, y si faculta al tutor para obrar sólo y con absoluta libertad cuando se trata de actos de simple administración, es porque juzgó que así lo exigía la ventaja de la administración popular. No incumbe á los tribunales examinar si hubieran debido ser más sabias y previsoras estas reglas, porque á fuerza de querer ser más prudentes que el legislador, podrían muy bien comprometer los intereses que tienen que garantizar (2).

. La jurisprudencia se declara por la opinión contraria. Lo que parece haber determinado á la Corte de Agén, es que la madre, á quien se había mantenido en la tutela, había ofrecido cumplir con las condiciones con que se le había conservado en ella, condiciones prescritas por el interés de los menores (3). Como se ve, el hecho predominó sobre el derecho estricto. El consentimiento de la madre

1 Demolombe, t. VII, p. 87 y sig., núms. 142-148. Aubry y Rau, t. I, p. 409, notas 36 y 37.

2 Sentencia de Caen, 30 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1846, 4, 501, núm. 9). Compárese la sentencia de Grenoble, 28 de Julio de 1832 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 402, 4º).

3 Sentencia de Agén, 14 de Diciembre de 1830 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 100).

no puede dar validez á las modificaciones de una ley de orden público, modificaciones que si el consejo de familia no tiene derecho de estipular, la madre no tiene el de subscribirlas. Mucho menos aun pueden los tribunales despojarla de derechos que tiene de la patria potestad, la educación y la guarda del hijo. La Corte de Bruselas confió el hijo al tutor, por razón de que la madre había malcasado y porque su hija no recibiría en la nueva familia de su madre una educación conforme con su clase (1). Esto importa olvidar que el padre y la madre, excepto cuando son usufructuarios, tienen poder absoluto para dirigir la educación como la entiendan, sin estar obligados á educar á sus hijos según la clase que ocupen en la sociedad. No pretendemos que esa libertad ilimitada carece de peligros e inconvenientes; pero así es la ley, y debe respetársela, aun suponiéndola mala.

387. Cuando el consejo de familia, dice el artículo 396, conserva la tutela á la madre, *necesariamente* le da como cotutor al segundo marido. Este es tutor *necesario*, en el sentido de que el consejo de familia no puede mantener á la madre en la tutela si no es nombrando cotutor á su marido. La razón de ello está en que si la madre es tutora, su marido desempeñará la tutela, pues el legislador ha querido que quien es cotutor de hecho lo sea también legalmente. Habría sido injusto dejar á la madre toda la responsabilidad de una administración que comparte con su cónyuge. De aquí que si el nuevo cónyuge no puede ser tutor por incapacidad del legal, no puede ser mantenida la madre en la tutela. Así lo resolvió en varios casos la Corte de Bruselas, pues la exclusión del marido trae consigo la de la mujer. Con todo, hay la diferencia de que respecto de la mujer, no se da el caso de exclusión propiamente dicha, sino sólo el de imposibilidad legal para conservar la

---

1 Sentencia de Bruselas, 28 de Enero de 1824 (*Pasifrisia*, 1824, p. 24).

tutela durante el matrimonio; de modo que más bien es suspensión que destitución (1).

388. ¿Quién desempeña la tutela cuando se le conserva á la madre? Hay gran diversidad de opiniones sobre este particular. Dícese que la administración corresponde al marido, si de acuerdo con el régimen bajo que se hubiere casado, es el administrador de los bienes de la mujer (2). Pero esta opinión debe rechazarse por opuesta á la letra y al espíritu de la ley. La tutela pertenece en principio á la madre, que es la tutora; pues bien, la tutela es un mandato personal que debe desempeñar aquél á quien se la confía la ley; por eso dice ella que la mujer y su marido son solidariamente responsables de la gestión posterior al matrimonio, lo que implica que la mujer y el marido desempeñan la tutela. Pero ¿cómo se llevará á cabo esta administración de dos personas? Basta, como la ha resuelto la Corte de Bruselas, que la mujer obre con la autorización de su marido? (3). Este sistema parece, á primera vista, especioso. Es enteramente exacto que la madre es la tutora, pues su segundo marido solamente lo es adjunto, y esta colaboración, dice la Corte, no es más que consecuencia necesaria de la autoridad que la ley concede al marido sobre su mujer; luego la mujer administra con autorización marital. Aquí nos parece que hay un error. Al decir que el marido es *cotutor necesario*, la ley ha querido armonizar el derecho con el hecho; el marido, que de hecho administraría, se torna también administrador de derecho. He aquí por qué lleva el nombre de *cotutor*; porque siendo *tutor*, tiene el derecho y la obligación de administrar la tutela. Luego hay dos tutores, ambos solidariamente responsables. ¿No es esto decir con claridad que los dos ad-

1 Bruselas, 18 de Julio de 1810 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 364), y 9 de Julio de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 257).

2 Maguin, t. I, núms. 458-461. De Frémiville, t. I, núms. 54 y 171.

3 Bruselas, 27 de Abril de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, p. 129, y Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 102).

ministran? Por tanto, es necesario el concurso de la mujer tutora y del marido cotutor para todos los actos de administración (1).

Aubry y Rau, que sustentan esta opinión, le ponen una restricción. Si uno de los cónyuges ejecuta un acto de administración sin que se oponga el otro, se puede, conforme á las circunstancias, reputar ese acto como válido en favor de los terceros y en virtud de un mandato tácito ó de una adhesión de aquél de los tutores que ha guardado silencio. Esto nos parece inadmisible, pues de ello resultaría que, de derecho y de hecho, el marido sería casi siempre el único tutor y que la mujer abdicaría la tutela. Es indudable que el tutor puede ayudarse de administradores que obren bajo su responsabilidad (art. 454); pero cuando la ley quiere que haya dos tutores, uno de ellos no puede abdicar la tutela en favor del otro, ni por medio de mandato expreso, ni por tácito. Semejante mandato no daría al menor la garantía del concurso de los dos tutores. En suma, donde hay dos tutores, es necesario que funcionen ambos.

389. Si la madre que se vuelve á casar no convoca al consejo de familia, pierde la tutela de pleno derecho, y si continúa desempeñándola, la ley establece que el nuevo marido será solidariamente responsable de todas las consecuencias de la tutela que la madre hubiere conservado indebidamente (art. 395). El Código supone, cosa que más frecuentemente acontecerá, que la madre continúa desempeñando la tutela, ora por ignorancia de la ley, ora porque no quiera exponer la unión que va á contraer á la crítica de la familia. Hay, pues, entonces, una tutela de hecho; ¿se rige ésta por los principios de la legal? La ley no se explica sino, sobre un sólo punto, que es el de la responsabilidad, y excusado sería decir que la madre es responsable de su administración, por ser tal cosa de de-

<sup>1</sup> Demolombe, t. VII, p. 78, núm. 136. Aubry y Rau, t. I, p. 410 y nota 39.

recho común. Si el segundo marido interviene en la administración, es igualmente responsable, siempre en virtud del derecho común. La ley va más allá, porque impone una responsabilidad excepcional para el marido, el cual es responsable de *todas las consecuencias* de la tutela, dice el artículo 395, y está obligado solidariamente á esa responsabilidad. ¿Qué entiende la ley por *todas las consecuencias de la tutela*? La opinión común es que el marido responde, no solamente de la gestión posterior al matrimonio, sino también de la que le precedió. Tal cosa parece resultar de la concordancia de los artículos 395 y 396. Cuando la madre es mantenida en la tutela, su segundo marido es cotutor, y la ley le tiene como responsable, solidariamente con su mujer, *de la administración posterior al matrimonio*. Cuando la madre es despojada de la tutela y la desempeña ilegalmente, dice la ley que el nuevo marido será solidariamente responsable de *todas las consecuencias de la tutela* que aquella hubiere conservado indebidamente. Hay una diferencia de redacción que parece implicar, en la última hipótesis, una responsabilidad más extensa que en la primera; ¿y cuál sería esa responsabilidad más extensa, si no la de la gestión anterior al matrimonio? Lo que imprime gran autoridad á esta interpretación, es que en el derecho antiguo el marido incurría en esa responsabilidad: era una especie de pena que le imponía la ley, y se explica; porque al no convocar al consejo, la madre cesa de ser tutora y debe dar cuenta de su administración, pagando el excedente, de lo cual debería cuidar el nuevo marido, ó sea de la dación de cuentas y del pago; no haciéndolo, participa de la culpa, tal vez del dolo de su mujer. Es, pues, muy justo que responda de las consecuencias de la administración pasada. Tal es la doctrina común, confirmada por la jurisprudencia (1).

---

<sup>1</sup> Véase á Aubry y Rau, t. I, p. 407, nota 26, así como los autores y las sentencias que ellos citan.

Sin embargo, hay una razón para dudar, razón que nos obliga á inclinarnos del lado de la opinión contraria, sostenida por Ducaurroy y admitida por Demolombe, así como por Massé y Vergé, traductores de Zachariae (1). El proyecto de Código Civil, detenido en el Consejo de Estado y comunicado oficiosamente al Tribunado, contenía una disposición concebida en estos términos: "A falta de esta convocación, perderá ella la tutela de pleno derecho, y su nuevo marido será solidariamente responsable de la *gestión indebida que haya tenido lugar desde el matrimonio*." Así es, que los autores del Código Civil, después de deliberar, se separaban formalmente de la jurisprudencia antigua. He aquí el primer punto que es de consideración. Ya no es posible invocar el derecho antiguo para interpretar el nuevo, á menos que se pruebe que después de haberle repudiado, tuvieron los autores del Código la intención de volver á él. Por lo mismo, hay que ver cuáles son los motivos por que el Tribunado propuso un cambio de redacción: allí esta el elemento decisivo del debate. En las observaciones de la sección de Legislación del Tribunado, se lee que "la expresión literal de la ley parecía autorizar al nuevo marido para pretender que él no tenía responsabilidad más que por la *gestión* que se hubiese hecho desde el nuevo matrimonio," es decir, que no sería responsable de la *falta de administración*. La sección agrega que el verdadero espíritu de la ley "es que el marido responda de la *falta de gestión*, lo mismo que de la *gestión indebida*;" para prevenir toda duda á este respecto, propuso la redacción siguiente: "Y su nuevo marido será solidariamente responsable con ella desde el matrimonio" (2). Se ve que el Tribunado ni siquiera pensó en volver á la jurisprudencia antigua, al hacer responsable al

<sup>1</sup> Ducaurroy, Bonnier y Roustain, *Comentario*, t. I, p. 422, núm. 595. Demolombe, t. VII, p. 71, núm. 127. Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 457, nota 3.

<sup>2</sup> Observaciones del Tribunado, núm. 7. (Locré, t. III, p. 404).

marido de la administración anterior al matrimonio, sino que, por el contrario, adoptó el nuevo principio admitido por el Consejo de Estado; su proposición, tenía únicamente á desvanecer una duda sobre la responsabilidad del marido en caso de *falta de administración*. He aquí, pues, al Tribunado y al Consejo de Estado acordes para limitar la responsabilidad del nuevo marido en la tutela posterior al matrimonio. ¿Es que, al hacerse la última votación, cambió el Consejo de sistema? No hay en los trabajos preparatorios una sola palabra que denote esa intención: la sección de Legislación hizo justicia á las observaciones del Tribunado, sin adoptar, no obstante, la redacción que aquél había propuesto. Para marcar que la responsabilidad, abrazaba la *falta de administración*, así como la administración, el Consejo de Estado empleó esta expresión: el nuevo marido será responsable de *todas las consecuencias de la tutela*. Estas frases no implican, pues, la intención de extender la responsabilidad á la gestión anterior; y basta esto para echar por tierra la interpretación generalmente adoptada. Es más: el Tribunado limitaba formalmente la responsabilidad á la tutela posterior al matrimonio; y el Consejo de Estado expresó la misma idea, agregando: "De la tutela que hubiere *conservado indebidamente*." Así pues, el marido no responde de las consecuencias de *toda* la tutela, sino de las de la tutela indebida, ilegal, de la tutela de hecho. Después de esto, causa la mayor sorpresa leer en una sentencia que resulta *hasta la evidencia*, de la discusión del Código Napoleón en el Consejo de Estado, que la responsabilidad del segundo marido se extiende á la gestión anterior al matrimonio (1).

390. ¿Son tutores la madre y su nuevo marido cuando el consejo de familia no ha sido convocado? No lo son; legalmente hablando, es cierto, supuesto que la ley dice que

---

1 Sentencia de Dijón, 16 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 146).

la madre pierde la tutela de pleno derecho; si continúa desempeñándola, es *indebidamente*, dice el artículo 395. Si la madre no es tutora, no lo puede ser el marido. Uno y otro son tutores de hecho. ¿Están, en esa calidad, sujetos á las leyes sobre tutela? En el título de las *Hipotecas* examinaremos la cuestión de si subsiste la hipoteca legal á que estaban afectos los bienes de la madre, y si los menores tienen una legal sobre los del nuevo marido. A nuestro juicio, la tutela de hecho no puede tener más efectos que los que la ley le atribuye (núm. 373). No es tutela sino gestión indebida; y así, no pueden aplicarse á la madre ni á su marido las disposiciones sobre tutela. El tutor está sujeto á ciertas incapacidades (arts. 472 y 907). ¿Sucede otro tanto con el de hecho? Indudablemente la razón lo exigiría, porque, ¿no es absurdo que quien desempeña ilegalmente la tutela esté libre de las incapacidades que pesan sobre el que la desempeña legalmente? Este motivo arrastró á la doctrina y á la jurisprudencia (1). Ateniéndose al rigor de los principios, sin vacilar debe decidirse que no hay incapacidad legal sin ley, y que, si resulta una consecuencia absurda, hay que dirigir el reproche al legislador. Sin embargo, sería aplicable el artículo 472 á la madre tutora, puesto que está obligada á dar cuenta en el momento de perder la tutela; de modo que ningún arreglo puede mediar entre ella y su hijo hasta que se haya dado la cuenta con arreglo á la ley. En cuanto á la gestión ilegal que la madre ha continuado en unión de su marido, es cierto que son responsables ambos, pero no podría tener aplicación aquí la nulidad establecida por el artículo 472. Lo más que se podría decir sería que los tribunales estaban facultados para anular los convenios hechos con el fin de eximir al tutor de la obligación de dar cuenta, como celebrados para defraudar á la ley, pudiendo el juez declarar las nulidades

---

(1) Dalloz, *Repertorio*, palabra *Minoridad*, núms. 110-112.

virtuales fundadas en la voluntad tácita del legislador. El artículo 907 da lugar á otras dificultades, y volveremos á tratar de él en el título de las *Donaciones*.

Si la madre pierde la tutela, conserva, no obstante la patria potestad: esta es otra anomalía. Aquella no puede legalmente administrar los bienes de sus hijos, en tanto que siempre tiene el derecho de educación y, por lo mismo, el de guarda, como también el de emancipar á sus hijos. La jurisprudencia ha adoptado estos principios (1), los cuales no dan lugar á duda alguna.

391. ¿Qué suerte corren los actos ejecutados por la madre cuando administra como tutora de hecho? El tutor legal representa al menor en todos los actos civiles (art. 450), y los actos que se realizan dentro de los límites de sus atribuciones obligan al menor. En cuanto al tutor de hecho, carece absolutamente de calidad para representar al menor, y así, no pueden obligar á éste los actos de gestión que aquél ejecute. Pero ¿quién es el que puede aprovecharse de la nulidad? Se sentiría inclinado cualquiera, á primera vista, á asentar que la nulidad es radical y de orden público, toda vez que quien administra es un usurpador de la tutela. Si ésta, como se pretende, fuese una institución de derecho público, sería necesario resolverlo así. A decir verdad, nunca se trata más que de un interés privado, y así, el menor es el único que puede invocar la nulidad. En esto no hay más que la aplicación de los principios generales sobre nulidades (2). Puesto que el menor demanda en provecho propio la nulidad, necesita probar que sufrió lesión (3). No es el caso de distinguir, como respecto de la tutela legal, entre actos nulos por su forma y actos rescindibles por causa de lesión (art. 1311). La cuestión debe más

<sup>1</sup> Lieja, 6 de Mayo de 1866, y Colmar, 7 de Junio de 1807 (Dalloz, palabra *Misericordia*, núms. 773, 1º y 118).

<sup>2</sup> Véase el tomo I de estos *Principios*, núm. 72.

<sup>3</sup> Bruselas, 17 de Abril de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 135). Sentencia de la Corte de Casación, 7 de Marzo de 1827 (Dalloz, palabra *Quiebra*, núm. 273).

bien resolverse con arreglo á los principios que rigen la gestión de negocios, bien que sin perderse de vista que ésta es una gestión legal. Síguese de aquí que los terceros que tratan con el tutor de hecho, no pueden aprovecharse de su buena fe (1). La buena fe de los terceros no da al tutor el derecho de promover. Invócase el artículo 1240, que permite al deudor pagar á aquél que esté en posesión del crédito; pero ¿puede decirse de la madre que ha perdido la tutela, que esté en posesión de la calidad de acreedora? No, por cierto. Ni siquiera puede decirse que los terceros sean de buena fe; porque siendo público el segundo matrimonio, debían saber que la madre tutora estaba obligada á convocar al consejo de familia, y que, faltando esa convocatoria, perdería la tutela (2).

392. Cuando la madre no convoca al consejo de familia, pierde de pleno derecho la tutela: luego es el caso de reemplazarla, y el segundo consejo de familia es el que debe nombrar tutor. El tribunal del Sena había resuelto que la madre fuese reemplazada por el ascendiente tutor legítimo; pero esta resolución fué reformada en segunda instancia, bastando leer los artículos 402 y 405 para convencerse de que el consejo de familia es el que nombra al tutor cuando la madre tutora se excusa ó queda excluída. Es un hecho que la pérdida de la tutela no importa exclusión propiamente dicha; pero la diferencia que hay entre la exclusión y la pérdida, no influye en la sucesión de las tutelas, pues conforme al espíritu y á la letra de la ley, no se puede deferir la tutela á los ascendientes por todo el tiempo que viva uno de los padres (3).

¿Puede la madre á quien se ha privado de la tutela ser nombrada tutora por el consejo de familia? Indudable-

<sup>1</sup> Demante admite la excepción de buena fe (*Curso analítico*, t. II, p. 217, núm. 144).

<sup>2</sup> Aubry y Rau, t. I, p. 408, y nota 28. Compárese á Demolombe, t. VII, p. 63, núms. 120-122.

<sup>3</sup> París, 24 de Junio de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 10), y Montpellier, 13 de Junio de 1866 (Dalloz, 1868, 2, 162).

mente que sí. Es verdad que los que han sido destituídos de la tutela ya no pueden ser tutores (art. 444); pero aquí hay que tener en cuenta la diferencia que existe entre la destitución ó la exclusión, y la pérdida de la tutela. La viuda que se vuelve á casar no es destituída, y por ello no pueden aplicársele los artículos 444 y 445. Si es culpable de dolo, no la nombrará el consejo de familia; pero si nada hay que echarle en cara, amén de una simple negligencia, debida á la ignorancia de la ley, podrá nombrarla tutora el consejo, dándole al nuevo morido como cotutor. Tal es también la opinión común, la cual está adoptada por la jurisprudencia (1).

*Núm. 4.—Del curador de vientre.*

393. El artículo 393 establece: "Si, al fallecer el marido, queda en cinta la mujer, se nombrará un curador de vientre por el consejo de familia. Al nacer el hijo, la madre será tutora y el curador será de pleno derecho el segundo tutor." ¿Por qué la ley no organiza inmediatamente la tutela? Si la viuda realmente está en cinta, el hijo concebido es heredero de su padre (art. 725), y desde ese momento la madre debe ser su tutora. Tal debería ser la resolución de la ley, si fuese cierto que la madre estuviese en cinta. Pero la madre puede no estarlo, á pesar de que ella misma declare su embarazo; puede temerse que haga una simulación de éste y de un alumbramiento, con el fin de alcanzar el usufructo de los bienes dejados por el padre difunto. Desde ese momento, importa que la madre tenga un vigilante que cuide de que no haya suposición de parto, y que administre los bienes en espera de que se sepa quién ha de ser el heredero del padre. Aun cuando la madre estuviese en cinta, hay que asegurarse, además, de que el hijo nace viable, porque sólo con esa condición heredará.

<sup>1</sup> Véanse los autores y las sentencias citados por Dalloz, palabra *Minoridad*, núms. 114 y 271.

Si naciere no viable, se presentará un nuevo peligro, y es el de que la madre oculte durante algún tiempo la muerte del hijo para poder sucederle. Nueva razón para que haya un vigilante. De aquí la institución y el nombre un tanto bárbaro de *curador de vientre*.

394. ¿Es el caso de nombrar un curador de vientre cuando, al morir el padre, quedan hijos que le sucedan? La cuestión es controvertida; pero creemos que la resuelve el texto mismo del artículo 393. Este artículo dice que al nacer el hijo, la madre será la tutora, y que el curador será de pleno derecho segundo tutor. Luego la ley supone que todavía no hay tutora ni segundo tutor, es decir, que no hay hijos, cuando menos hijos menores. Si los hay, necesariamente hay un tutor y un segundo tutor, y por esto no puede ser el caso de nombrar un curador, que será segundo tutor, á menos que se diga que hay dos segundos tutores, lo que es absurdo. Hay más: el nombramiento de un curador, es inútil en este caso. El padre difunto tiene herederos á quienes se defiere la sucesión, y así hay un tutor que administre los bienes, no pudiendo temerse entonces una suposición de parto, puesto que ningún interés tiene ya la madre, al tener el usufructo de los bienes dejados por el padre, ya que se supone que hay hijos menores. En el proyecto de Código, detenido en el Consejo de Estado y comunicado oficiosamente al Tribunado, había una disposición en este sentido, que la sección de Legislación propuso quedará redactada así: "Cuando existan otros hijos menores no emancipados, su segundo tutor llenará al mismo tiempo las funciones de curador para el hijo que estuviere por nacer." La disposición se suprimió, no se sabe por qué; probablemente por la sección de Legislación del Consejo de Estado, y por razón de que era inútil, en esta hipótesis, nombrar un curador de vientre, supuesto que no se necesita ni administrador ni vigilante (1).

<sup>1</sup> Ducaurroy, Bonnier y Roustant, *Comentario*, t. I, p. 420, núm. 592. Marcadé

¿Qué debe decirse del caso en que los hijos estén emancipados ó sean mayores? La ley no prevé ese caso; en consecuencia, debe decidirse que no hay lugar al nombramiento del curador. ¿Con qué objeto había de nombrárselos? No para administrar los bienes, porque hay administradores, que son los hijos herederos. ¿Para prevenir una suposición de parto? (1). La madre estaría interesada en ello para obtener el usufructo legal; pero dado el silencio de la ley, ¿es permitido al juez ó al consejo de familia tomar esta medida de desconfianza? No. El legislador habría pensado que había interesados en vigilar á la madre por si quisiese simular un embarazo; y estos son los hijos mayores ó emancipados, herederos de su padre: su interés es suficiente para apartar todo riesgo de un crimen poco probable, cuando hay hijos en el lugar del suceso, en la casa paterna.

395. ¿Cuáles son las funciones del curador de vientre? Debe vigilar á la madre para impedir una suposición de parto. El derecho romano le autorizaba para que ejerciera una vigilancia que Toullier califica de inquisitorial diciendo, y con razón, que nuestras costumbres proscriben una inquisición ultrajante, inmoral y que podría degenerar en atentado á la libertad individual. Luego es fuerza que la vigilancia del curador no ofenda nuestras costumbres, es decir, esa delicadeza de sentimientos que debemos á los progresos de la civilización, ni la libertad individual que constituye nuestra existencia civil y política (2).

El curador debe también administrar los bienes del marido muerto. Esto tenía lugar en el derecho antiguo, y el Código Civil está redactado con el mismo espíritu. El artículo 393 dice que la madre no es todavía tutora, pero

t. II, p. 190, art. 393, núm. II. Demolombe, t. VII, p. 37, núms. 71 y 72. Valette, *Explicación breve*, p. 228. Véase, en sentido contrario, á Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 127, y á los autores que él cita.

<sup>1</sup> Esta es la opinión de Demolombe, t. VII, p. 36, núm. 70.

<sup>2</sup> Toullier, t. II, núm. 400. Compárese á Demolombe, t. VII, p. 31 núm. 58.

que lo será si el hijo nace viable: luego no tiene calidad para administrar. Tampoco los sucesores del marido la tienen, porque no se sabe todavía quién será el heredero. Precisamente por esta incertidumbre es por lo que se nombra un tutor, quien administra por interés del hijo, si llega á nacer viable, y por interés de los demás herederos presuntos. Puesto que su administración es apenas de unos cuantos meses, sin decirlo se comprende que no puede ejecutar más que actos conservadores y de administración provisional; debe conservar más bien que administrar (1). Es responsable de su gestión, como cualquier otro administrador.

### § II. DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

396. Según el artículo 397, "el derecho individual de elegir á un tutor pariente, ó hasta á un extraño, sólo pertenece al padre que muere el último." El Código llama á este derecho un *derecho individual*, por oposición á la tutela dativa que se defiere por una asamblea de parientes reunidos en consejo de familia. Al tutor nombrado por el padre que muere el último, se le llama tutor *testamentario*, porque esta tutela no se abre sino á la muerte del padre ó la madre tutores. El nombramiento puede hacerse por testamento, ó, para hablar con más propiedad, por acto de última voluntad, como también mediante una declaración ante un juez de paz ó un notario (arts. 398 y 392).

La ley da este derecho al padre que muere el último. Síguese de aquí, que el que muere el primero no puede nombrar un tutor testamentario. La tutela pertenece de derecho al que sobrevive, y ninguno de los padres puede privar á su cónyuge de la tutela. Hay que resolverlo así,

---

<sup>1</sup> Duranton, t. III, p. 419, núm. 430. Toullier, t. II, núm. 110. Demolombe, t. VII, núm. 52, p. 30.

aun cuando el cónyuge fuere incapaz de ejercitar la tutela, por ejemplo, si estuviere incapacitado. La cuestión es controvertida, pero en verdad que no hay lugar á controversia, supuesto que el texto es claro (1). Síguese también de aquí que el padre superviviente que rehusa la tutela, no puede nombrar tutor que ocupe su lugar, ya que en efecto, la ley no da este derecho al superviviente, sino al que muere el último. Si la madre es la que sobrevive y rehusa la tutela, el artículo 494 dice en toda forma que debe hacer que se nombre tutor; es decir, que en este caso hay lugar á la tutela dativa. Otro tanto debe decirse en el de excusa del padre, pues el artículo 405 es igualmente expreso, al establecer que el consejo de familia nombre al tutor cuando el padre se ha excusado. Esta es la opinión común, salvo algunas disidencias que lamentamos, porque hacen creer que nada hay cierto en derecho y que la evidencia misma es controvertible (2).

¿Qué debe decidirse en el caso de que muera el padre superviviente, habiendo un tutor dativo en ejercicio? Ateniéndose á la letra del artículo 397, podría decirse que es el último en morir y que, por consiguiente, se puede nombrar un tutor. Pero si el texto deja alguna duda, el espíritu de la ley no la deja de ninguna especie. ¿Por qué el Código da al último que muere el derecho de nombrar tutor? Porque él mejor que nadie sabe quién es el pariente ó el amigo más digno de substituirle. Mas no hay lugar á reemplazar al padre ó la madre que no ejercen la tutela. ¿Cuándo se debe proveer á la tutela, es decir, á la administración de la persona y los bienes del menor? Cuando éste carece de protector; porque teniendo alguno, ¿para qué nombrarle otro? ¿Sería porque la ley confía más en un tutor nombrado por el padre que en uno dativo? En

<sup>1</sup> Esta es la opinión común, excepto la de Delvincourt, t. VII, (Demolombe, t. VII, p. 99, núm. 156, y los autores que cita).

<sup>2</sup> Aubry y Rau citan los autores que han tratado la cuestión (t. I, p. 412, nota 5).

tal caso, habría debido darle el derecho de nombrar siempre al tutor, al padre cuando se excusa y á la madre cuando se niega á aceptar, siendo así que hace que el consejo de familia nombre al tutor. ¿Por qué el superviviente que no puede nombrar tutor en vida, adquiriría ese derecho de nombrar uno á su muerte? Esto importaría darle el derecho de revocar el nombramiento del tutor; y tal derecho á nadie corresponde, excepto el consejo de familia en caso de destitución (1).

397. Si el superviviente es excluido ó destituido de la tutela, ya no puede nombrar tutor para sus hijos. Sobre este punto todos están de acuerdo, dándose como razón que el padre ó la madre que fueron excluidos ó destituidos, no podrían concurrir, como miembros del consejo de familia, para el nombramiento del tutor dativo, y con mayor razón, no pueden hacer por sí solos lo que no podían hacer asociados á otros (2). Hay un motivo más concluyente, y es que, aunque haya sido el último en morir, el padre ó la madre excluido ó destituido no es tutor. Pues bien, acabamos de ver cómo el superviviente que no es tutor no puede nombrar tutor testamentario.

La misma ley aplica este principio á la madre vuelta á casar que no hubiere sido mantenida en la tutela de los hijos de su primer matrimonio, pues no puede nombrarles tutor, dice el artículo 399. Poco importa que haya perdido la tutela por no haber convocado al consejo de familia, ó que el consejo le haya retirado la tutela: en todo caso, no es tutora y, por lo mismo, no puede nombrar tutor que la reemplace. Ciertamente, puede ser que en este caso, no haya tutor dativo, y así, al morir la madre no habrá más que tutela de hecho; resultando que, de todos modos, la madre no puede delegar un poder de que carece.

1 Tal es la opinión más generalmente aceptada. (Véanse los testimonios en Dálloz, núm. 135).

2 Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, y los autores que ellos citan, t. I, p. 44, nota 7.

398. Sea la última hipótesis. El superviviente es tutor al morir, pero tutor dativo. El padre, después de haberse excusado, es nombrado tutor, y la madre también nombrada tutora después de haberse rehusado á aceptar; ¿pueden nombrar tutor testamentario? Hay un motivo de duda; porque el último que muere es tutor, en este caso, y, por lo mismo, podrá decirse que está dentro de la letra y el espíritu de la ley. A pesar de ello, creemos que no podrá nombrar tutor. Tiene á su favor el texto legal; pero conforme al espíritu de la ley, el nombramiento de un tutor testamentario es una delegación que el que murió el último hace de los poderes que debe á la naturaleza y á la ley. Pues bien, cuando es él tutor dativo, debe su poder al consejo, y tal poder no puede delegarlo: el consejo que le nombró es el único que puede elegir persona que le substituya (1).

El Código aplica este principio á un caso particular. La madre que ha vuelto á casarse es mantenida en la tutela, y, consiguientemente, es tutora dativa y legal á un mismo tiempo: ¿podrá nombrar un tutor para sus hijos del primer matrimonio? Sí, dice el artículo 400, aunque no será válido el nombramiento mientras no sea confirmado por el consejo de familia. Ella no puede nombrar tutor, porque nunca ha dejado de ser tutora legal, ya que en esa tutela legal fué mantenida; pero como necesita la deliberación del consejo de familia para ser mantenida en la tutela, esa misma deliberación se necesita igualmente para confirmar el nombramiento que hubiere hecho. Esta intervención del consejo, que los principios exigen, se funda también en la razón. La mujer vuelta á casar se halla bajo la influencia de su nuevo esposo, y podrá nombrar tutor, ó al marido, ó á un pariente de éste, como también á un extraño, cuya elección le hubiere aconsejado el marido. Bueno es que el con-

---

<sup>1</sup> *Marcadé, Curso elemental*, t. II, p. 195, art. 400, núm. 1.

sejo de familia examine si el tutor nombrado por aquella es digno de cumplir con su misión (1). No dejará la tutela de ser testamentaria, sólo por ser la madre la que nombra el tutor, pues lo que hace el consejo es confirmar ese nombramiento. De allí que no es el caso de tutela de los ascendientes si se excusó el tutor testamentario, porque entonces tocará al consejo de familia nombrar tutor dativo, de acuerdo con la disposición expresa del artículo 405 (2).

399. El tutor nombrado por el padre ó la madre está obligado á aceptar la tutela, como cualquier otro; pero puede también, como tal tutor, aprovecharse de las excusas admitidas por la ley. Esto es lo que quiere decir el artículo 401, cuando asienta: "El tutor nombrado por el padre ó la madre no está obligado á aceptar la tutela, si, por otra parte, no está comprendido en el número de aquellos á quienes, á falta de ese nombramiento especial, el consejo de familia habría podido encomendarla."

### § III. DE LA TUTELA DE LOS ASCENDIENTES.

400. Los ascendientes son llamados por la ley á la tutela. Es, pues, también la suya una tutela legal. Las ascendientes no son tutoras legítimas; según el artículo 442, pueden ser tutoras, pero la ley no les defiere de pleno derecho la tutela. A ella eran llamadas en el proyecto de Código Civil. Siendo la madre tutora de derecho, no se comprende á primera vista por qué las ascendientes no lo son. Berlier expone la razón de esta aparente anomalía. Habría sido peligroso, dice, admitir de pleno derecho como tutoras á personas en quienes la debilidad del sexo va unida á la de la edad. Al consejo de familia ó al padre que muere el último corresponde nombrar á la ascendiente que se ha-

<sup>1</sup> Observaciones del Tribunado, núm. 8 (Locré, t. III, p. 405), y sesión del Consejo de Estado, del 22 Vendimario, año II, núm. 19 (Locré, t. III, p. 387).

<sup>2</sup> Valette, acerca de Proudhon, *Del estado de las personas*, t. II, p. 294, número III.

llare en estado de sobrellevar la pesada carga de la tutela (1).

401. ¿Cuándo hay lugar á la tutela de los ascendientes? El artículo 402 contesta: "Cuando no se ha nombrado tutor para el menor por aquél de sus padres que murió el último;" lo que implica que la tutela no se defiere á los ascendientes, cuando el superviviente no es tutor al tiempo de morir. Al excusarse el padre superviviente, el consejo de familia, según el artículo 405, es el que nombra el tutor. Si la madre que sobrevive rehusa la tutela, debe hacer que el consejo de familia nombre tutor (art. 394). Otro tanto acontece cuando la madre que vuelve á casarse no es mantenida en la tutela, ó cuando la pierde por no haber convocado al consejo de familia. El artículo 402 no es aplicable, porque no llama á los ascendientes á la tutela sino cuando se ha nombrado tutor por el padre que murió el último; y, en el caso en cuestión, vive la madre, á quien no es permitido nombrar en vida tutor; de modo que sólo queda la tutela dativa. La cuestión fué resuelta por la jurisprudencia, y no es dudosa, por más que el artículo 405 no prevea textualmente esta hipótesis (2). Puede preguntarse por qué el legislador prefiere la tutela de los ascendientes, siendo así que sobrevive uno de los padres y no es tutor. Los trabajos preparatorios no nos dan á conocer los motivos de la ley y por eso nos vemos obligados á adivinarlos. No hallamos más que una razón de conveniencia: mientras viven el padre ó la madre, no conviene que sea llamado un ascendiente á una tutela que el superviviente ejerce (3). El motivo no es muy terminante: porque el ascendiente puede ser elegido por el consejo de familia, y de-

1 Sesión del Consejo de Estado, del 22 Vendimiaro, año XI, núm. 23 (Locré, t. III, p. 388).

2 Sentencia de la Corte de Casación, 26 de Febrero de 1807 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 151), y de París, 24 de Junio de 1856 (Dalloz, 1857, 2. 10). Duranton, t. III, p. 437, núm. 446.

3 Marcadé, *Curso elemental*, t. II, p. 198, art. 404. núm. II.

sempeñará, por lo mismo, la tutela del padre ó la madre superviviente.

Síguese de aquí que si el tutor legal dimite ó es destituido, hay lugar, no á la tutela de los ascendientes, sino á la dativa. En caso de destitución, no cabe duda, pues tenemos un texto: el artículo 405 dice formalmente que el consejo de familia nombra al tutor cuando quedan el padre ó la madre excluidos de la tutela (1). En cuanto á la dimisión, se presenta, ó en virtud de una excusa, y en este caso aun el artículo 402 decide que el consejo de familia nombra al tutor, ó bien para prevenir la destitución, lo que vuelve á colocarnos siempre en el texto del artículo 405 (2). Esta disposición confirma, pues, el principio de que la tutela no se defiere á los ascendientes en vida del padre ó de la madre.

402. El padre que muere el último nombró un tutor, pero el tutor testamentario se excusó: ¿tiene lugar, en este caso, la tutela de los ascendientes, ó la dativa? Los autores están acordes en que la tutela debe ser deferida por el consejo de familia. Esta opinión se funda en el artículo 402: "Cuando no se nombró tutor para el menor por el padre que murió el último, la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno." Luego, se dice, cuando el último que murió nombró tutor, la tutela no corresponde ya de derecho á los ascendientes. Si únicamente hubiese esta razón para decidir, la cuestión seguiría siendo dudosa, porque se hace decir á la ley más de lo que realmente dice; éste es uno de esos argumentos que se sacan del silencio de la ley y que son muy peligrosos. Pero el artículo 405 confirma la interpretación que se da al artículo 402, pues decide que si el tutor nombrado por los padres se excusó válidamente, se procederá por el consejo de familia al nombramiento de tutor. Esta disposición no deja lugar á duda

1 Tolosa, 18 de Mayo de 1832 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 363, 5º).

2 París, 24 de Julio de 1835 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 210).

y no alcanzamos cómo la Corte de Bruselas haya podido resolver lo contrario, invocando el espíritu de la ley y la intención del padre ó la madre que nombraron el tutor (1). La voluntad del testador es dudosa, pues puede decirse que quiso excluir á los ascendientes de una manera absoluta, como también que no los quiso excluir sino cuando el tutor nombrado acepta la tutela. El legislador prefirió la primera interpretación con razón ó sin ella, poco importa; porque desde el momento en que él habló, el intérprete debe obedecer, y no puede prevalecerse de la voluntad incierta del testador contra un texto claro y formal (2).

Por las mismas razones debe decidirse que si el tutor testamentario fallece ó es destituído, no hay lugar á la tutela de los ascendientes. El consejo de familia nombra tutor cuando el que eligió el último de los padres que murió quedó excluido: ésta es la disposición formal del artículo 405 (3). Cuando muere el tutor testamentario, no es aplicable el texto del artículo 405; pero queda siempre el 402, que no defiere la tutela á los ascendientes sino cuando no se nombró tutor para el menor por el padre que murió el último (4). Suponemos, naturalmente, que el tutor testamentario ha sobrevivido al testador, y que muere después de haber aceptado la tutela. Si fallece, queda sin efecto el nombramiento, y ya no está dentro del texto ni del espíritu del artículo 402. Ya no puede decirse que el que murió el último quiso excluir al ascendiente. Tal había sido, es cierto, su intención cuando nombró tutor; pero habiendo caducado este nombramiento viviendo todavía él, habría debido nombrar nuevo tutor, si quería impedir la tutela de los ascendientes; guardar silencio, es declarar implícitamente la voluntad de que la tutela pase á los ascendientes.

1 Bruselas, 11 de Marzo de 1819 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 150).

2 Esta es la opinión general. Véanse los autores citados en Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 149.

3 Ruán, 18 de Diciembre de 1839 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 159. 30).

4 Marcadé, t. II, p. 199, núm. II, art. 404. En sentido contrario, Duranton, t. III, p. 433, núm. 441.

403. ¿En qué orden se defiere la tutela á los ascendientes? El artículo 402 establece que la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno; á falta de éste, al materno, y así subiendo, de manera que el ascendiente paterno se prefiera siempre al materno del mismo grado. Por consiguiente, si hay diferencia en el grado, el ascendiente más próximo es el llamado á la tutela, aun cuando fuere un abuelo materno, pues no se concede la preferencia al paterno sino cuando hay igualdad de grados. Cuando no hay ascendientes en segundo grado, puede haber concurrencia entre dos ascendientes de uno superior, pertenecientes ambos á la línea paterna del menor: en tal caso, pasará la tutela, dice el artículo 402, á aquél de los dos que se encuentre ser el abuelo paterno del padre del menor. La misma concurrencia puede existir entre dos abuelos de la línea materna; la ley quiere que, en este caso, el consejo de familia nombre al tutor; pero deberá escoger á uno de los dos ascendientes (art. 403). En el primer caso, la ley designa al ascendiente que debe ser tutor, porque hay un motivo de preferencia, supuesto que el hijo lleva el nombre del abuelo paterno de su padre; mientras que en el segundo caso, falta esta razón; luego debía dejarse la elección al consejo de familia (1).

404. Se ve que los ascendientes son llamados, cualquiera que sea el grado en que se encuentren. En el derecho antiguo, permitíaseles rehusar la tutela (2). El Código Napoleón no les concede este derecho; pero establece dispensas de edad, que podrán aprovechar con frecuencia los ascendientes (art. 433), como también pueden alegar enfermedades graves que padezcan. Estas excusas hacen inútil el derecho de rehusar, porque los únicos motivos legítimos de este derecho son precisamente las enfermedades y la edad avanzada de los ascendientes.

1 Valette acerca de Proudhon, *Del estado de las personas*, t. II, p. 296, núm. 2.

2 Pothier, *Tratado del estado de las personas*, núm. 50.

405. Si se excusa el ascendiente llamado á la tutela, ¿pasará al ascendiente llamado después de él, según el orden determinado por la ley? El artículo 405 decide la cuestión negativamente, y confiere al consejo de familia el derecho de nombrar tutor; aconteciendo cosa igual cuando el ascendiente es excluido ó destituido. ¿Qué debe resolverse en el caso de que muera el ascendiente? ¿Continúa siendo legítima la tutela, ó pasa á ser dativa? La cuestión es controvertida, y da lugar á alguna duda. Creemos que la tutela pasará al ascendiente más próximo. Ya no tiene aplicación el artículo 405, por no prever el caso de muerte. El 402 deja igualmente indecisa la cuestión, pues dice que á falta del abuelo paterno, pertenece de derecho la tutela al materno, y el 403 se sirve de la misma expresión. ¿Cuál es su sentido? El sentido natural es que si, al abrirse la tutela, cuando es el caso de la de los ascendientes, falta el más próximo de ellos, es decir, si no le hay, pertenece la tutela de derecho al ascendiente de un grado superior: luego el caso de muerte del ascendiente tutor no está previsto; siguiéndose de aquí que se debe proceder por analogía. Ahora bien: el artículo 405 decide que si el ascendiente llamado á la tutela no quiere ó no puede ser tutor, cesa aquélla de ser legítima, aun cuando haya ascendientes capaces de desempeñarla; y otro tanto tiene lugar en el caso de muerte (1).

#### § IV. DE LA TUTELA DATIVA.

406. Del artículo 405 y de los principios que dejamos sentados acerca de la tutela testamentaria y la de los ascendientes, resulta que hay lugar á la tutela dativa en las hipótesis siguientes:

1<sup>a</sup> Cuando un hijo menor queda sin padres, y el último

<sup>1</sup> Aubry y Rau, t. I, p. 414, nota 3. En sentido contrario, Demolombe, t. VII, núm. 187, p. 114, y Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 228, núm. 150 bis V.

que muere de ellos no nombró tutor testamentario, ni hay ascendientes varones;

2<sup>a</sup> Cuando la madre superviviente rehusa la tutela;

3<sup>a</sup> Cuando el padre superviviente, el tutor testamentario ó el ascendiente llamado á la tutela legítima se han excusado;

4<sup>a</sup> Cuando el padre superviviente, el tutor testamentario ó el ascendiente llamado á la tutela quedan excluidos ó son incapaces;

5<sup>a</sup> Cuando la viuda que se vuelve á casar no convoca al consejo de familia, ó no es mantenida en la tutela;

6<sup>a</sup> Cuando el tutor testamentario ó el ascendiente tutor mueren durante su administración;

7<sup>a</sup> Cuando debe reemplazarse por cualquier causa á un tutor dativo.

407. El consejo de familia es el que nombra el tutor dativo (art. 405). Más adelante veremos en qué casos la deliberación del consejo de familia que ha nombrado un tutor puede ser atacada y anulada por los tribunales. ¿Puede la sentencia judicial que anula un nombramiento de tutor nombrar otro tutor? Ninguna disposición legal confiere esta facultad al juez. La ley da esa misión al consejo de familia, único que, en consecuencia, puede nombrar tutor, sin que sea necesario que se confirme su nombramiento. De aquí se sigue que no pueden intervenir los tribunales más que para anular la deliberación, y, en el caso de anularla, debe convocarse al consejo de familia para que proceda á nueva elección (1).

La ley cuida de que se convoque al consejo de familia lo más pronto posible, á fin de que el menor no permanezca sin defensor. Conforme al artículo 406, los parientes del menor, sus acreedores ú otros interesados pueden requerir el nombramiento del consejo de familia; pudiendo

---

1 Sentencia de Casación, 27 de Noviembre de 1816, y, previo recurso, sentencia de Orleans, 9 de Agosto de 1817 (Dalloz, palabra *Interdicción*, núm. 164).

el juez de paz del domicilio del menor hacer de oficio la convocatoria. Como podría ignorar él hecho que da lugar al nombramiento del tutor, la ley permite que cualquier persona le haga la denuncia. Cuando la madre superviviente rehusa la tutela, ella es quien queda encargada de hacer las gestiones necesarias para el nombramiento del tutor dativo (art. 304). Si queda vacante una tutela en ejercicio, ó bien, abandonada por ausencia, la ley encomienda al segundo tutor que provoque el nombramiento del nuevo, respondiendo aquél de los daños y perjuicios que para el menor pudieran resultar de la negligencia con que hubiese cumplido este deber (art. 424).

408. El consejo de familia tiene, en principio, una libertad ilimitada para el nombramiento de tutor, salvo el derecho del nombrado para alegar alguna excusa legal que le exima de aceptar la tutela, así como también el derecho de los que pueden atacar la deliberación. Más adelante veremos si puede ser atacada en razón del nombramiento hecho por el consejo. Como concurren á él los parientes más próximos, frecuentemente acontecerá que sea elegido el tutor del seno del consejo de familia. Aun había en el proyecto de Código Civil una disposición que facultaba á cualquier persona que no formara parte del consejo de familia para rehusar la tutela, lo cual equivalía á circunscribir la elección dentro de límites demasiado estrechos. La libertad de que disfruta el consejo presenta otro escalo. Ya en el derecho antiguo, deploraba Domat que los parientes llamados á elegir tutor se pusieran de acuerdo para eximirse del cargo, imponiéndole á un pariente más lejano que no formaba parte del consejo (1). Hay un remedio para este mal, y es impugnar la deliberación como viciada de fraude. La libertad concedida al consejo no

---

1 Domat, *Leyes civiles*, lib. II, tít. I (p. 172 de la edición in fol).

llega hasta el dolo, por constituir éste siempre una excepción, como lo dijo la Corte de Montpellier (1).

### § V. DE LA PROTUTELA.

409. El artículo 417 establece: "Cuando el menor, domiciliado en Francia, posea bienes en las colonias, ó recíprocamente, la administración especial de esos bienes se encomendará á un prototor." Esta disposición está tomada de las declaraciones del Rey, de 15 de Diciembre de 1721 y de 1º de Febrero de 1743. Esto es una excepción del principio de la unidad de la tutela, que se justifica por el interés mismo del menor. ¿Cómo un tutor que reside en Francia habría de poder administrar bienes ubicados en las Indias? El consejo de familia, es cierto, puede autorizarle para que nombre administradores; pero ¿quién revisará las operaciones de éstos? Y si es el caso de responsabilidad, ¿no es injusto declarar al tutor responsable de una administración que no ha podido vigilar? La protutela se ha establecido, pues, tanto por interés de los menores, como por el del tutor; por estar interesados los hijos en ello, es por lo que el Código ordena que se nombre un prototor: el artículo 417 está concebido en términos imperativos. Esto tenía lugar en el derecho antiguo: el proyecto del artículo 417 decía que el tutor *podría* hacer que se nombrara un prototor, y tal facultad quedó trocada en mandamiento. Sorprende ver á un tutor recomendable sostener que el consejo de familia no deberá nombrar prototor sino cuando lo pidan el tutor ó el segundo tutor. ¿Y la razón? ¡Es porque en nuestros días hay buques de vapor que abrevian las distancias! Esto no es serio. La invención de los buques de vapor no puede derogar el Código Civil, y mucho dudamos que el legislador hiciese faculta-

---

<sup>1</sup> Sentencia de 18 de Agosto de 1823, confirmada por una de casación de 4 de Febrero de 1825 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 117).

tivo el nombramiento de un protutor, únicamente por haber ya vapores. ¿Es éste un motivo para obligar al tutor á que constantemente esté viajando por mar? (1).

410. ¿Debe haber en toda tutela un protutor? Hay un motivo para dudar. El Código habla de la protutela en la sección destinada á la tutela dativa: ¿se inferirá de aquí que no debe haber protutor en la legal ó testamentaria? La conclusión sería poco jurídica, porque la mayor parte de las disposiciones de la sección IV se aplican á toda especie de tutela: tales son los artículos que reglamentan la composición, la convocatoria y las deliberaciones del consejo de familia; tal es el artículo 419, que impone á los herederos del tutor la obligación de continuar la administración hasta que se nombre un nuevo tutor. Por otra parte, ¿hay la menor razón para que los bienes situados en las colonias sean administrados por el padre, el ascendiente ó el tutor testamentario, siendo así que no pueden serlo por un tutor dativo? En el acto se clamaría contra semejante absurdo. Cuando la ley es absurda, debe aceptársela tal como es; pero cuidémonos de introducir el absurdo en ella, porque prestariamos un mal servicio á nuestra ciencia. Pasemos á la aplicación.

Se conviene en que el padre que muere el último puede nombrar protutor; pero, ¿qué sucederá si no le nombra? Unos dicen que el consejo de familia podrá nombrar el protutor (2); otros le niegan este derecho, á menos que sea llamado á nombrar tutor, porque, dice Marcadé, sólo el que nombra tutor tiene derecho de nombrar protutor. ¿Y si se preguntara á Marcadé dónde había ido á descubrir ese principio? Hay que concluir que el consejo de familia debe nombrar al protutor, por ser obligatoria la protutela.

Más dividida aún se encuentra la opinión, tratándose del

<sup>1</sup> Esta es la opinión común (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 277). En sentido contrario, Demolombe, t. VII, p. 120, núms. 199 y 200.

<sup>2</sup> Demolombe, t. VII, p. 124, núm. 203. Demante, t. II, p. 245, núm. 167, bis II.

caso en que el tutor legal sea el que administre la tutela. Marcadé dice que el consejo de familia no está autorizado para limitar las facultades de un tutor legal; pero ¡acaso se trata de eso! Lo de que se trata es, que haya una administración razonable; y ¡no es el colmo de la sin razón confiar á un ascendiente sexagenario la administración de bienes ubicados en las Indias, por el único motivo de que se resentiría su autoridad si se nombrara un prototor! En seguida, olvidándose de este principio, Marcadé da al padre, cuando es usufructuario legal, el derecho de nombrar por sí mismo un prototor. ¡Un tutor nombrado por un tutor en ejercicio! ¡Y el prototor es independiente del tutor!, dice el artículo 417. M. Demolombe quiere que el nombramiento sea facultativo, y niega en seguida esta facultad al consejo cuando el padre es usufructuario (1). Esto es pura arbitrariedad. Cuando el padre superviviente rehusa la tutela ó se excusa de servirla, es el caso de la tutela dativa y, por consiguiente, de la protutela, por más que el padre ó la madre tengan el usufructo legal. ¿Por qué no había de haber un prototor cuando el superviviente usufructuario administra la tutela? (2).

Hay, sin embargo, un motivo para dudar. En el derecho antiguo, no se nombraba prototor cuando el padre era tutor. ¿No está indicando el Código con su silencio, que quiso reproducir la doctrina tradicional? Esta es cuestión de intención. En los trabajos preparatorios no se encuentra una palabra que dé á conocer la voluntad del legislador, y así, hay que sujetarse al texto legal y á los principios.

411. ¿Es el caso de protutela cuando el menor tiene bienes en el extranjero, pero en lugar que no sea en las colonias? Hay autores que aplican por analogía el artículo 417, lo cual nos parece muy dudoso. Es cierto que si la ley no

---

<sup>1</sup> Marcadé, *Curso elemental*, t. II, p. 214, núm. 2 del artículo 417.

<sup>2</sup> Véanse las diversas opiniones de los autores en Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 279.

organizase la protutela, el consejo de familia no podría nombrar al protutor; y sin embargo, la protutela no se ha establecido sino con relación á los bienes situados en las colonias; el artículo 417 es terminante. Es más: la cuestión está resuelta por el Código, ya que el artículo 454 prevé el caso en que la extensión de los bienes ó su dispersión haga difícil á un sólo tutor administrarlos por sí mismo. ¿Pues qué, la ley, en este caso, permite que se provoque el nombramiento del protutor? No. Mantiene el principio de la unidad de la tutela, sin perjuicio de la facultad que el consejo de familia tiene de autorizar al tutor para auxiliarse de uno ó varios administradores particulares; pero el Código cuida de agregar que tales administradores obrarán bajo la responsabilidad del tutor (1).

412. El protutor es tutor, y así, hay que aplicar respecto de él todas las disposiciones que conciernen á la tutela. Está sujeto á la hipoteca legal, no menos que á las incapacidades que se derivan de la tutela. ¿Debe haber segundo tutor? Asombra ver planteada esta cuestión y resuelta negativamente (2), cuando el artículo 420 dice que en toda tutela deberá haber segundo tutor. Cuando hay protutor, hay dos tutores, debiendo, por lo mismo, haber dos segundos tutores. ¿Hay también dos consejos de familia? No, que el consejo de familia se forma en el domicilio del menor, es donde se reúne; y el menor no tiene más que un domicilio. El artículo 417 dice: el menor *domiciliado en Francia*. Así pues, en su domicilio en Francia es donde se formará el consejo de familia, el cual nombra al protutor, como al tutor, y autoriza á uno y otro para que practiquen los actos para cuya validez exige la ley la autorización del consejo. Hay varias opiniones sobre este

1 Massé y Vergé, traducción de Zacharie, t. I, p. 385, nota 2. En sentido contrario, Taulier, t. I, p. 34, y Demolombe t. VII, p. 130, núm. 218.

2 Magnin, t. I, núm. 494. En sentido contrario todos los autores

punto, pero los principios son tan evidentes que es verdaderamente inútil insistir en ello (1).

La coexistencia de la tutela y la protutela da todavía lugar á otra dificultad que el Código ha zanjado. Según el artículo 417, el tutor y el protutor son independientes y no responsables entre sí de su gestión respectiva. Del hecho de haber dos tutelas, debería inferirse que cada una cesa por las causas que ponen término á la tutela, sin que el fin de la una haga cesar la otra. Marcadé dice lo contrario, en el caso en que el protutor se nombra por el padre que muere el último; pero tal opinión no tiene otra base que el pretendido principio imaginado por él en materia de protutela.

#### § VI. DE LA TUTELA DE LOS HIJOS NATURALES.

413. Los hijos naturales son menores hasta la edad de veintiún años, lo mismo que los legítimos. Siendo incapaces de gobernarse á sí mismos y de administrar sus bienes, deben tener un protector. Así es, que hay una tutela para los hijos naturales. Pero ¿cuándo se abre, y á qué tutela hay lugar? El Código guarda un silencio absoluto acerca de estos puntos, y de allí dudas y dificultades y gran diversidad de opiniones. Hay algún punto en que están de acuerdo los autores, y es el de que el hijo natural está siempre bajo tutela desde su nacimiento. M. Demolombe dice que esto lo estima como cierto, y Dalloz repite que es evidente (2), fundándose esta opinión en el interés del hijo. Si tiene bienes, ¿quién los administrará? No serán sus padres, puesto que no tienen la administración legal de los bienes de sus hijos. Luego habrá necesidad de nombrarles un tutor, y según esto, debe modificarse el principio admitido por la doctrina, en cuanto á que el hijo na-

1 Véanse los testimonios, en Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 280.

2 Demolombe, t. VIII, p. 280, núm. 381. Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 697.

tural está bajo la tutela si adquiere bienes. De donde se sigue que regularmente no será el caso de tutela del padre vivo, puesto que el hijo natural únicamente á sus padres hereda. En cuanto á las donaciones que pudieren otorgársele, serán por cierto una excepción rara.

Creemos que es necesario ir más allá y decidir que los hijos naturales jámas están bajo tutela mientras tienen padres ó uno de ellos. Todos convienen que no hay lugar á la tutela mientras el hijo no tenga bienes; por lo que únicamente para administrarlos se admite la necesidad de la tutela. Ahora bien: conforme á nuestra opinión, los padres naturales tienen la administración de los bienes de sus hijos (núm. 359), y de aquí la inutilidad de la tutela, por ser suficiente la patria potestad. ¿Se dirá que el hijo natural no encuentra en sus padres (quienes casi siempre viven separados) la garantía que el legítimo encuentra en el matrimonio? Es verdad; el legislador habría podido tener en cuenta esta diferencia para establecer garantías especiales en favor de los hijos ilegítimos, pero no lo hizo; de modo que si se admite que los padres naturales tienen el derecho, ó mejor dicho, el deber de administrar los bienes de sus hijos, debe inferirse que es inútil la tutela, supuesto que la patria potestad responde á todas las necesidades. ¿Qué debe decidirse si uno de los padres llega á morir? Entonces es cuando se abre la tutela, si los hijos son legítimos. ¿Pasa lo mismo con los naturales? No lo creemos. Si la ley organiza la tutela al lado de la patria potestad, es porque los intereses del hijo legítimo pueden encontrarse, y se encuentran las más de las veces, en conflicto con los del padre superviviente. Para una nueva situación necesitaba el hijo garantías nuevas. ¿Puede decirse esto mismo del natural? Este hereda, ciertamente, á su padre ó á su madre difuntos: pero ¿nacerán de ello intereses opuestos entre él y el superviviente? No, porque no hay matrimonio, no hay contrato de matrimonio, no

hay donación entre cónyuges; los padres son recíprocamente extraños. Si por acaso hubiese donaciones ó legados de donde pudiera surgir un conflicto de intereses, bastaría el nombramiento de un tutor *ad hoc* para resguardar los del hijo. Por tanto, sería inútil la tutela propiamente dicha.

414. Hay que volver á la opinión común y asistir al espectáculo de sus contradicciones é inconsecuencias, resultado inevitable cuando los intérpretes quieren hacer la ley. Apresurémonos á agregar que si alguna vez se los puede excusar, es en la materia que nos ocupa, dado el silencio absoluto del legislador. Suponemos que el hijo tiene bienes; hay, pues, lugar á la tutela; pero ¿á cuál? Unos dicen que á la tutela legal de los padres, concediéndosela al padre, si los dos viven. Aquí se hace literalmente una nueva ley para los hijos naturales. La única disposición que existe en el Código Civil acerca de la tutela legal, es el artículo 390, y éste supone la muerte de uno de los padres; porque viviendo alguno de los dos, jamás hay tutela. Resulta de ello que para los hijos naturales hay una tutela especial, creada por los intérpretes: ¿puede haber una tutela legal sin ley, ó por lo menos sin analogía legal? No solamente no hay ley que establezca la tutela en el caso de que se trata, sino que hay una que la excluye mientras los padres viven. La objeción nos parece concluyente.

Si llega á morir uno de los padres, ¿será el superviviente el tutor legal? Es evidente que falta una disposición expresa. Las cortes que admiten una tutela legal lo confiesan, puesto que ocurren al derecho natural (1). ¡Una tutela legal, fundada en el derecho natural! Semejante proposición puede tacharse, con justicia, de herejía jurídica. Si admitiésemos la necesidad de la tutela para el hijo natural que todavía tiene padres, más bien invocaríamos el artículo 390. ¿Qué importa que éste hable de disolución del ma-

---

(1) Bruselas, 4 de Febrero de 1811 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 492, 1º), y Grenoble, 28 de Julio de 1836 (Dalloz, *ibid.*, núm. 686, 2º).

rimonio? Ello no sería obstáculo para aprovecharse de su disposición, si en realidad hubiese analogía. Al tratar de la *patria Potestad*, hemos dicho que los autores no vacilan en aplicar á los padres naturales disposiciones que suponen el matrimonio de los padres (núms. 354 y 359). ¿Por qué no se habría de hacer lo mismo respecto de la tutela, si fuesen idénticas las razones para juzgar, en ambos casos? A nuestro juicio, ninguna analogía hay; pero según la opinión general, debe admitírsela, puesto que se reconoce la necesidad de la tutela desde el momento en que el hijo posee bienes; y los adquiere regularmente por la muerte de uno de sus padres. ¿Y qué tutor conviene mejor para el hijo natural que su padre ó su madre, es decir, el único ser en el mundo que sienta algún cariño hacia él? (1).

415. La gran objeción que oponen contra esa opinión los partidarios de la contraria, está que la tutela es una institución de derecho civil, que no puede existir sino en virtud de una ley, y que no la hay, según confesión de todos. Aceptamos por de pronto el argumento, y preguntamos: ¿cuál será la tutela de los hijos naturales? A lo que se contesta que la dativa (2). ¿Dónde se halla el texto legal que diga que el tutor de los hijos naturales haya de ser nombrado por el consejo de familia? No tenemos más que un artículo sobre tutela dativa, que es el 405, y si se quiere aplicar por analogía esta disposición, habla contra los que

1 Esta opinión está reconocida por las sentencias que acabamos de citar, así como por las de Tolosa, 1º de Septiembre de 1809 (Daloz, en la palabra *Minoridad*, núm. 687, 1º, coloca esta sentencia erróneamente entre las que han autorizado la opinión contraria); de Douai, 13 de Febrero de 1844 (Daloz, 1845, 2, 152), y de Poitiers, 4 de Mayo de 1858 (Daloz, 1859, 2, 141). Véase, en el mismo sentido, á Loiseau, Magnin, Delvincourt, Vazeille y Chardon, citados por Daloz, quien participa de la misma opinión (palabra *Minoridad*, núm. 686).

2 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. (Véanse los testimonios en Demolombe, t. VIII, p. 285, núm. 385). Dicha opinión ha sido autorizada por las sentencias de Grenoble, 5 de Abril de 1819 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 694); de Amiens, 23 de Julio de 1814 (*ibid.*, núm. 695); de Agén, 19 de Febrero de 1830 (*ibid.*, núm. 692); de Tolosa, 25 de Julio de 1809 (*ibid.*, núm. 687, 3º); de París, 9 de Agosto de 1811 (*ibid.*), y de Lyon, 11 de Junio de 1856 (Daloz, 1857, 2, 9) y 8 de Marzo de 1859 (Daloz, 1859, 2, 141). No hay ningún fallo de la Corte de Cassación sobre esta difícil cuestión.

la invocan. Para que haya lugar á la tutela dativa, dice el citado artículo 405, es necesario que el hijo menor quede sin padres, *sin padre ni madre*. ¡Y se va á organizar una tutela dativa cuando el hijo natural tiene padre y madre! La contradicción es flagrante, y no la única. ¿Por quién se nombra ese tutor dativo? Por el consejo de familia; y sin embargo, el hijo natural no la tiene. ¿Qué se hace para llegar á un simulacro de consejo? Formarle con amigos. ¿Dónde está la ley que permita se componga únicamente de amigos un consejo? Y cuando, no los hay, el juez de paz llamará, dicen, á personas honorables y caritativas (1). Preguntaremos: ¿dónde se halla el texto legal que permite á un pretendido consejo de familia, formado de personas desconocidas, deferir una tutela?

416. Esta objeción, perfectamente desarrollada por Ducaurroy, prueba demasiado, se dice, y por tanto, carece absolutamente de valor. Llega, efectivamente, un momento en que, por confesión de todos, el menor necesita un tutor. El hijo natural queda sin padres: ¿quién será su tutor? Desde luego surge la primera cuestión. ¿Puede el padre que muere el último nombrar un tutor testamentario? Este punto se halla controvertido y se presta á dudas. Falta una ley, á menos que se le admita por analogía; pero esta no parece que sea evidente. Si se permite al padre legítimo que nombre tutor para su hijo, con mayor razón hay que concederle ese derecho al padre natural; porque el hijo legítimo que carece de tutor testamentario, tiene ascendientes, tiene familia que cuidará de él, mientras que el hijo natural á nadie tiene, está solo en el mundo. ¡Y se quiere que el último que muera de los padres no puede designar al amigo para que sirva de protector del huérfano! Objétase que falta un texto legal; pero en verdad tiene

---

<sup>1</sup> Demolombe, t. VIII, p. 277, núm. 377. Ducaurroy demuestra perfectamente cuánto hay de imaginario en ese pretendido consejo de familia (*Comentario*, t. I, p. 415, núm. 585).

gracia que los partidarios de la tutela dativa nos arguyan con el silencio de la ley, cuando crean ellos un consejo de familia puramente imaginario y una tutela dativa que repugna al texto (1).

417. Se retrocede ante la dificultad que hemos suscitado, pero que no ha quedado resuelta. Si el padre que muere el último no nombró tutor, ¿quien lo será? No queda ya más que la tutela dativa, porque no puede ser el caso de la de los ascendientes, toda vez que el hijo natural carece de ellos. ¿Quién nombrará tutor para el hijo que ha quedado sin padres? Todos están de acuerdo en que será un consejo de familia compuesto de amigos; pero este es un sistema extralegal, al que no debe recurrirse sino en caso extremo. Ducaurroy propone que el tribunal sea el que haga nombrar el consejo; pero ¿no sería más sencillo que el mismo tribunal nombrara al tutor? Se dirá que los jueces ya no tienen jurisdicción voluntaria, lo que es muy cierto, aunque no absoluto, puesto que los tribunales intervienen en asuntos de adopción, en asuntos de tutela para confirmar los dictámenes del consejo de familia, lo cual constituye ciertamente un acto de jurisdicción voluntaria. No hay, pues, incompetencia radical. Algunos autores sostienen que el tribunal ha de nombrar tutores *ad hoc*, cuando la ley no atribuye el nombramiento al consejo de familia; y el tutor que se diere al hijo natural será tutor *ad hoc*. La ley misma está indicando este camino. Cuando el hijo natural menor quiere casarse y no tiene padres, ¿quién es el llamado á otorgar su consentimiento? No el consejo de familia, sino un tutor *ad hoc*. Pues bien, el tribunal nombrará asimismo un tutor *ad hoc* para educar al hijo ó para administrar sus bienes.

418. En todo lo que acabamos de exponer, hemos veni-

---

1 Esta es la opinión de Ducaurroy, de Zachariæ, y de Taulier. Hay una sentencia en este sentido. Demolombe, es de opinión contraria (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 693).

do suponiendo que los hijos naturales se hallan reconocidos; cuando no lo han sido, ningún vínculo legal existe entre ellos y sus padres, y por ende tampoco hay patria potestad. Si, como es lo más común, el hijo es educado por su madre, ésta no tendrá sobre él poder alguno, ni derecho de guarda, ni de corrección ni administración legal; de modo que sería necesario ocurrir de nuevo al tribunal, si tuviese el hijo necesidad de un representante para algún acto judicial. La necesidad de ocurrir al tribunal es la misma cuando el hijo es recogido por un tercero. Ni siquiera sería ya posible organizar un remedio de consejo de familia, puesto que los padres son legalmente desconocidos mientras no hay reconocimiento, como pueden serlo también de hecho (1). No hay más que una hipótesis en que la ley haya extendido su solicitud á los desdichados hijos á quienes abandonan sus padres, y es la de que sean asilados en un hospicio: la ley del 11 Pluvioso, año XIII, los coloca bajo la tutela de los administradores de los hospicios.

Quedan los más desgraciados de todos: los hijos incestuosos y adulterinos. Al estar prohibido su reconocimiento, legalmente carecen de padres, y hay que aplicar respecto de ellos lo que acabamos de decir de los naturales no reconocidos. Puede, no obstante, acontecer que resulte comprobado su estado por medio de una sentencia judicial: ¿estarán entonces bajo la potestad y la tutela, como los hijos naturales simples? Generalmente, se resuelve este punto en sentido negativo (2); pero con todas nuestras fuerzas rechazamos semejante opinión. ¿Qué cosa es la patria potestad en derecho francés? El deber de educación y los medios que la ley suministra á los padres para cumplir con él. ¿A quién incumbe ese deber? A los padres, sean ó no legítimos. Cuando los hijos son ilegítimos, el

<sup>1</sup> Una sentencia de Grenoble de 5 de Abril de 1819, confirmada en casación (sentencia de 7 de Junio de 1820), resolvió que es el caso de la tutela dativa (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 694).

<sup>2</sup> Demolombe, t. V, núm. 597, y t. VIII, núm. 370, y los autores por él citados.

expresado deber se acredita con el reconocimiento: luego, legalmente hablando, no existe ese deber cuando no puede acreditarse la paternidad por razón del vicio de adulterio ó de incesto. Pero, si, por excepción, resulta establecida por una sentencia la paternidad adulterina ó incestuosa, ¿con qué derecho se exoneraría el padre del deber que le impone la paternidad? Si se hubiesen establecido la patria potestad y la tutela en favor de quien las ejerce, nos explicaríamos que se negara todo derecho al padre culpable de incesto ó de adulterio; pero se trata del derecho del hijo, del derecho más sagrado, de su derecho á la educación, sin la cual el hombre se torna en irracional. ¡Y se le niega ese derecho, sólo por la culpabilidad de su padre! ¿No sería éste mil veces más culpable si, después de haberle dado la vida, le matase moralmente? Desde el punto de vista del derecho, en vano buscamos la razón de la diferencia que se establece entre el padre adulterino ó incestuoso y el natural; y sólo encontramos una, que es la de que el reconocimiento y la investigación están prohibidas en caso de incesto ó de adulterio; pero tal diferencia llega á desaparecer cuando judicialmente se ha acreditado la paternidad. Desde el momento en que ésta se halla acreditada, el hijo tiene derecho á la educación, y así, el padre ejerce la patria potestad y desempeña, por tanto, la tutela. Excusado es decir que, según la opinión general, que admite que la tutela de los hijos naturales siempre es dativa, debe serlo también la de los incestuosos y adulterinos (1).

### § VII. DE LOS TUTORES "AD HOC."

419. El tutor *ad hoc* es aquél que se da al menor para un asunto especial, al cual se limitan sus funciones. Llámasele también *tutor especial*.

<sup>1</sup> Una sentencia de Tolosa, de 25 de Julio de 1809, resolvió que siempre había lugar á la tutela dativa para los hijos adulterinos ó incestuosos (Daloz, palabra *Minoridad*, num. 687, 3<sup>º</sup>).

¿Cuándo hay lugar al nombramiento de un tutor *ad hoc*? La ley prescribe el nombramiento del tutor *ad hoc*, cuando el marido desconoce al hijo concebido durante el matrimonio (art. 318). Cuando el padre administrador legal tiene intereses opuestos á los del hijo cuyos bienes administra, es también el caso de nombrar á éste un tutor especial, porque durante el matrimonio, no hay segundo tutor que pueda resguardar los intereses del hijo (1). La cuestión relativa á cuándo hay oposición de intereses, la resuelve el tribunal conforme á las circunstancias de cada caso. Se ha resuelto que el padre podía representar á su hijo en una instancia de nulidad de un testamento, aunque el hijo fuese legatario y el padre heredero legítimo. Si éste hubiese sostenido la nulidad del testamento, habría habido, evidentemente, un conflicto de intereses; pero, en el caso en cuestión, el padre estaba por que se sostuviera el testamento, así en propio nombre como en el del hijo. Por tanto, no era procedente el nombramiento de tutor *ad hoc* (2).

Si el menor se halla bajo tutela, no hay lugar, generalmente, á proveerle de un tutor *ad hoc*. En efecto: conforme al artículo 420, el segundo tutor tiene por misión precisamente la de promover por los intereses del menor, cuando se hallan en oposición con los del tutor. Puede, no obstante, suceder que no baste la intervención del segundo tutor para asegurar los intereses de los menores, y el Código Civil prevé un caso semejante, cuando dice: «Si entre los herederos hay menores y tienen éstos intereses opuestos en la partición, debe darse á cada uno de ellos un tutor particular y especial» (art. 838). De aquí se sigue que puede establecerse como un principio el de que es el caso de nombrar un tutor *ad hoc* al menor sujeto á tutela tan luego como lo exija su interés, quiere decir, tan luego como ese

1 Duranton le llama *segundo tutor ad hoc*, denominación que desconoce la ley (*Curso de Derecho francés*, t. III, p. 408, núm. 415).

2 Sentencia de la Corte de Casación, 5 de Julio de 1847 (Dalloz, 1848, t. 148).

interés no esté suficientemente garantizado con la intervención del segundo tutor. Aplicándose este principio, se resolvió que el tutor que litiga contra su pupilo debe hacer que se le nombre un tutor *ad hoc* durante el juicio; sin que sea bastante que éste se intente contra el segundo tutor, pues el menor debe estar representado por un tutor, y éste vigilado por el segundo tutor. Si se hubiese entablado la demanda contra el menor ó contra el segundo tutor, sería nulo todo el procedimiento (1).

420. ¿Quién nombra el tutor *ad hoc*? Hay un caso en que la ley resuelve la cuestión, á saber: cuando deban nombrarse tutores especiales á menores que tengan intereses opuestos en una partición, en el cual caso el Código de Procedimientos quiere (art. 968) que sean nombrados por el consejo de familia. Generalmente se enseña como punto fuera de toda duda, que lo mismo tiene lugar en los demás casos (2); pero esta opinión es contraria al rigor de los principios. Por unanimidad se conviene en que el consejo de familia no tiene otras atribuciones que las que le da la ley, de modo que su incompetencia debe interpretarse en sentido restrictivo; y la consecuencia lógica de este principio es que el tutor *ad hoc* no puede ser nombrado por el consejo sino cuando la ley lo previene. Fuera de estos casos, toca á los tribunales suplir el silencio de la ley, porque su competencia es general. Así debe ser, sobre todo cuando es imposible constituir un consejo de familia. Tal es el caso de los hijos naturales que carecen de familia, caso en el cual forzosamente hay que ocurrir á los tribunales.